



**Im Namen des Volkes**

**In dem Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerde**

des Herrn W...

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt L..., -

I. unmittelbar gegen

a) den Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 10. April 2008 - 1 Ws 70/08 -,

b) den Unterbringungsbefehl des Landgerichts Leipzig vom 14. März 2008 - 3 KLs 49b Js 111347/92 -,

II. mittelbar gegen

§ 66b Absatz 1 Satz 2 StGB

und Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe

hat die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Broß,  
Di Fabio  
und Landau

am 22. Oktober 2008 einstimmig beschlossen:

Der Beschluss des Oberlandesgerichts Dresden vom 10. April 2008 - 1 Ws 70/08 - und der Unterbringungsbefehl des Landgerichts Leipzig vom 14. März 2008 - 3 KLs 49b Js 111347/92 - verletzen Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes. Die Entscheidungen werden aufgehoben.

Der Freistaat Sachsen hat dem Beschwerdeführer seine notwendigen Auslagen zu ersetzen. Damit erledigt sich der Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung von Rechtsanwalt L... für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde.

## Gründe:

### A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB und eines auf der Grundlage dieser Vorschrift in Verbindung mit § 275a StPO gegen den Beschwerdeführer ergangenen Unterbringungsbefehls. 1

### I.

Durch das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13. April 2007 (BGBl I S. 513) ist die Vorschrift des § 66b Abs. 1 Satz 2 in das Strafgesetzbuch eingefügt worden. Danach berücksichtigt ein über die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung entscheidendes Gericht als Tatsachen im Sinne des § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB auch solche, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar waren, wenn die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich war. 2

Im Einigungsvertrag vom 31. August 1990 (BGBl II S. 885) war zunächst die Erstreckung des § 66 StGB auf das Beitrittsgebiet überhaupt ausgeschlossen worden. Erst seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Rechtsvereinheitlichung der Sicherungsverwahrung (BGBl I S. 818) am 1. August 1995 kann die Sicherungsverwahrung auch in den neuen Ländern angeordnet werden. Auf Taten, die vor dem 1. August 1995 im Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik begangen wurden, waren die Regelungen über die Sicherungsverwahrung zunächst nicht anwendbar (Ausnahme: Täter mit Lebensgrundlage in einem alten Land, vgl. Art. 1a Nr. 2 EGStGB in der Fassung vom 29. September 1990). In späteren Fassungen (vom 1. August 1995, 31. Januar 1998 und 1. April 2004) ließ Art. 1a EGStGB die Anwendung der Vorschriften über die Sicherungsverwahrung nur zu, wenn wenigstens eine der im Gebiet der ehemaligen DDR begangenen Anlasstaten nach dem 1. August 1995 verübt worden war. Erst mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 (BGBl I S. 1838) am 29. Juli 2004 wurde dieser weitgehende Rückwirkungsausschluss gestrichen (s. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 20. März 2007 - elektronische Vorab-Fassung -, BT-Drucks 16/4740 S. 49). Gleichzeitig wurde § 66b in das Strafgesetzbuch eingefügt. 3

Der Bundesgerichtshof legte die Vorschrift in der seinerzeit geltenden Fassung so aus, dass die Änderung der Rechtslage durch In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung selbst keine neue Tatsache im Sinne des Gesetzes (BGH, Urteil vom 25. November 2005 - 2 StR 272/05 -, Rn. 35 <Juris>) sei und dass sich die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB nicht darin erschöpfen dürfe, eine zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung der Gesetzeslage entsprechende Entscheidung zu korrigieren (BGH, Beschluss vom 25. Juli 2006 - 1 StR 274/06 -, NJW 2006, S. 3154 f.). Vor diesem Hintergrund war es Zweck der Einfügung des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB, bei der 4

Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung in so genannten „Altfällen“ die umfassende Verwertung auch solcher Tatsachen sicherzustellen, die das Tatgericht nicht zur Prüfung der Anordnung von Sicherungsverwahrung verwerten konnte, weil es diese aus - inzwischen revidierten - Rechtsgründen überhaupt nicht anordnen konnte (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 20. März 2007 - elektronische Vorab-Fassung -, BTDrucks 16/4740, S. 6, 8; vgl. ferner den ursprünglichen Gesetzesvorschlag des Bundesrats, BTDrucks 16/1992, S. 1, 6; zur Frage, inwieweit die Rechtsprechung des BGH die Berücksichtigung bestimmter Altfälle entgegen der Einschätzung des Gesetzgebers ermöglichte, vgl. Peglau NJW 2007, S. 1558 <1562>).

## II.

1. Der Beschwerdeführer wurde durch Urteil vom 1. Juni 1993 wegen im Jahre 1992 begangener Straftaten (Vergewaltigung und sexueller Missbrauch eines Kindes) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Daneben wurde die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Er befand sich in dieser Sache vom 10. November 1992 bis 15. November 1993 in Untersuchungs- beziehungsweise Strafhaft, danach bis 28. Juli 2007 im Maßregelvollzug und anschließend bis zum 20. Februar 2008 in Strafhaft. 5

2. Im Jahre 2006 wurden während der Unterbringung des Beschwerdeführers im Maßregelvollzug zahlreiche Zettel gefunden, auf die er neben Namen und Anschriften von Mädchen im Kindesalter und deren körperlichen Merkmalen zum Teil Telefonnummern und Angaben ihrer Erreichbarkeit vermerkt hatte. Dies war Anlass im Hinblick auf das bevorstehende Strafende, ein Verfahren zur Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung in die Wege zu leiten, die das Landgericht Leipzig mit Urteil vom 21. Februar 2008 gegen den Beschwerdeführer verhängte. 6

a) Das Landgericht war der Ansicht, dass vor Ende des Vollzugs der Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar geworden seien, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinwiesen. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung sei im Zeitpunkt der Verurteilung aus rechtlichen Gründen nicht möglich gewesen, so dass auch Umstände zu berücksichtigen seien, die im Zeitpunkt der Verurteilung bereits erkennbar gewesen seien. Die formellen Voraussetzungen einer nachträglichen Sicherungsverwahrung lägen nach § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB in Verbindung mit § 66 Abs. 1 Nr. 1-2, Abs. 4 StGB vor. 7

b) Beim Beschwerdeführer bestehe zudem ein Hang, derartige Taten, wie sie der letzten Verurteilung zugrunde lägen, immer wieder zu begehen. Auch ergebe die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Beschwerdeführers, seiner Taten und seiner Entwicklung während des Strafvollzuges, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen würde, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt würden. Insofern stellte das durch zwei Sachverständige beratene Landgericht fest, dass bei dem Beschwerdeführer zwar der Wunsch und die Bereitschaft vorhanden seien, auf erneute Straftaten zu verzichten, um nicht erneut und 8

dadurch dauerhaft in Freiheitsentzug zu geraten. Die im Rahmen der Erledigung der Unterbringung nach § 63 StGB angeordnete Führungsaufsicht, die dort erteilten Weisungen, die fortlaufende Gabe eines Antiandrogen-Präparates und die Herzerkrankung des Beschwerdeführers ließen im Moment keinen Rückfall erwarten. Gleichwohl habe sich strukturell an dem Beschwerdeführer nicht so viel verändert, dass er seine Bereitschaft, auf Straftaten zu verzichten, über viele Jahre, mithin auch nach Ablauf der im Juni 2007 angeordneten Führungsaufsicht hinweg durchhalten werde. Am Risikopotenzial des Beschwerdeführers hätten die lange Zeit der Freiheitsentziehungen und die therapeutischen Bemühungen der Klinik nur mäßige Veränderungen ergeben. Ein dauerhafter wirksamer Schutz vor Rückfälligkeit sei nicht zu erkennen; das Anfertigen der Zettel mit den Mädchennamen trotz der genannten rückfallverhindernden Faktoren zeige, dass die Gefährlichkeit des Beschwerdeführers noch aktuell sei. Es sei angesichts der Delinquenzentwicklung über die Jahrzehnte hinweg zu befürchten, dass es mittel- oder langfristig wieder zu sexuellen Übergriffen kommen werde. Entsprechend den früheren Verläufen seien auch erhebliche, gewaltsame Übergriffe mit Penetration des Opfers nicht auszuschließen.

c) Der Beschwerdeführer legte gegen dieses Urteil Revision ein, über die zwischenzeitlich entschieden ist (siehe unten 6.). 9

3. Am 21. Februar 2008 erging ein erster Unterbringungsbefehl gegen den Beschwerdeführer, der auf seine Beschwerde durch Beschluss des Oberlandesgerichts vom 11. März 2008 aufgehoben wurde, weil der Unterbringungsbefehl - ohne jegliche Begründung - nicht überprüfbar sei. 10

4. Gegen den Beschwerdeführer, der zwischenzeitlich auf freiem Fuße war, erging am 14. März 2008 erneuter Unterbringungsbefehl, der die in dem Urteil vom 21. Februar 2008 getroffenen Feststellungen und rechtlichen Schlussfolgerungen zur Gefahr der Begehung weiterer Straftaten durch den Beschwerdeführer im Wesentlichen sinngemäß wiedergibt und hinsichtlich der Vorverurteilungen und der damit zusammenhängenden Haftzeiten über das Urteil hinausgehende Feststellungen enthält. 11

5. Hiergegen legte der Beschwerdeführer Beschwerde ein, die er umfänglich auch unter Heranziehung verfassungsrechtlicher Überlegungen begründete. Diese verwarf das Oberlandesgericht mit Beschluss vom 10. April 2008 unter Verweis auf die zutreffenden, durch das Beschwerdevorbringen nicht entkräfteten Gründe der angefochtenen Entscheidung. Es bestünden dringende Anhaltspunkte für die Annahme, dass gegen den Beschwerdeführer die nachträgliche Sicherungsverwahrung angeordnet werde. Die formellen Voraussetzung einer solchen Maßnahme einschließlich des Nichtvorliegens einer Verjährung gemäß § 66 Abs. 4 StGB lägen vor. Darüber hinaus trügen auch die Ausführungen des Gerichts die erforderlichen Gefährlichkeits- und Wahrscheinlichkeitsprognosen nach den Vorschriften der §§ 66 und 66b StGB, an deren Verfassungsmäßigkeit dem Grunde nach der Senat zu zweifeln keinen Anlass habe. Die Anordnung scheitere auch nicht an der fehlenden Gegenwärtigkeit der Gefahr. Die vom Verteidiger zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsge- 12

richts stellten in diesem Zusammenhang nicht auf eine nach starren zeitlichen Kriterien zu bemessenden Rückfallfrequenz im Sinne einer umgehend zu erwartenden neuen Tat ab, sondern - in Abgrenzung zur nicht als ausreichend erachteten lediglich abstrakten, auf statistische Wahrscheinlichkeiten gestützten Prognose - auf eine auf einer umfassenden personenbezogenen Gesamtwürdigung eines umfassend ermittelten Sachverhalts beruhende positive Entscheidung über die Gefährlichkeit des Betroffenen.

6. Auf die Revision des Beschwerdeführers hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zwischenzeitlich mit Beschluss vom 3. September 2008 das Urteil des Landgerichts Leipzig nach § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Chemnitz verwiesen. Schon die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 1 in Verbindung mit § 66 Abs. 1 StGB seien nicht widerspruchsfrei belegt. Auch die Feststellung der Gefährlichkeit des Beschwerdeführers begegne durchgreifenden Bedenken. Die entsprechenden Erwägungen des Landgerichts seien teilweise lückenhaft und nicht hinreichend belegt. So werde der Schluss, es seien von dem Beschwerdeführer aufgrund seines Hanges mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten zu erwarten, von den mitgeteilten Darlegungen der Sachverständigen nicht getragen. Bedenken erwecke zudem, dass die Strafkammer nur „mittel- oder langfristig“ erneute sexuelle Übergriffe „erwartet“ habe. Eine tragfähige Grundlage für eine gegenwärtige Gefährlichkeit lasse sich den Urteilsgründen nicht ohne weiteres entnehmen. Angesichts der unzureichenden Gefährlichkeitsprognose könne die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch nicht auf § 66b Abs. 2 StGB gestützt werden. Da das Urteil des Landgerichts (auch) keine Grundlage für die vom Beschwerdeführer begehrte Ablehnung des Antrags durch das Revisionsgericht biete, sei über die Voraussetzungen zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung umfassend neu zu entscheiden.

13

### III.

Mit der fristgerecht eingegangenen Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seines Freiheitsgrundrechtes, des allgemeinen Vertrauensschutzgebots (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG), des Willkürverbots, des Gleichheitsgrundsatzes, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Verbots der Einzelfallmaßnahmegesetzgebung (Art. 19 Abs. 1 GG) und des Prinzips „ne bis in idem“ durch den Unterbringungsbefehl vom 14. März 2008 und den diesen bestätigenden Beschluss des Oberlandesgerichts vom 10. April 2008.

14

Die Gerichte hätten sich in ihren angegriffenen Entscheidungen auf eine verfassungswidrige Norm (§ 66b Abs. 1 Satz 2 StGB) gestützt, jedenfalls eine gebotene verfassungskonforme Auslegung der Regelung unterlassen. § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB verzichte auf das Erfordernis des Auftretens neuer Umstände und verlange lediglich die rechtliche Unmöglichkeit einer Anordnung von Sicherungsverwahrung im ursprünglichen Verurteilungszeitpunkt; die nachträgliche Sicherungsverwahrung be-

15

schränke sich daher nicht, wie verfassungsrechtlich gefordert, „auf einige wenige Verurteilte“ und sei deshalb unverhältnismäßig. Die Neureglung verletze auch das Vertrauensschutzgebot, stelle eine Ungleichbehandlung von Bürgern der ehemaligen DDR dar und verletze das verfassungsrechtliche Verbot der Einzelfallgesetzgebung.

Im Übrigen sei auch die konkrete Rechtsanwendung von Landgericht und Oberlandesgericht nicht mit der Verfassung vereinbar. Die Gerichte ließen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gegenwärtigkeit einer von dem Verurteilten ausgehenden Gefahr außer Betracht, indem sie lediglich mittel- oder langfristig drohende Rückfallgefahr für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung beziehungsweise für den Erlass eines Unterbringungsbefehls genügen ließen. Es fehle zudem an einer umfangreichen Gesamtwürdigung der gesamten Taten und daher an einer tragfähigen Begründung für den Eingriff in die Freiheitsgrundrechte. 16

Der Beschwerdeführer hat ergänzend auf die Einführung des Sexualstraftäterüberwachungssystems ISIS im Freistaat Sachsen hingewiesen, welches ein geeignetes, milderes Mittel darstelle, um möglichen vom Beschwerdeführer noch ausgehenden Gefahren zu begegnen. 17

Den vom Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde verbundenen Antrag, im Wege der einstweiligen Anordnung die Vollziehung des Unterbringungsbefehls auszusetzen, hat die Kammer mit Beschluss vom 22. Mai 2008 aufgrund einer Folgenabwägung abgelehnt. 18

#### IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben sich das Sächsische Staatsministerium der Justiz und der Präsident des Bundesgerichtshofs geäußert. 19

1. Das Sächsische Staatsministerium der Justiz hält die Verfassungsbeschwerde für unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB sei verfassungsgemäß. Auch die Anwendung der Vorschrift im Zusammenhang mit dem vorliegenden Unterbringungsbefehl sei nicht zu beanstanden. Eine ausreichende Gesamtwürdigung liege vor. Dabei seien Landgericht und Oberlandesgericht von zutreffenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ausgegangen und hätten eine vom Beschwerdeführer ausgehende gegenwärtige Gefahr rechtsfehlerfrei festgestellt. Geeignete mildere Mittel zur Abwendung der Gefahr seien nicht vorhanden. 20

2. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat Stellungnahmen der Vorsitzenden der Strafsenate übermittelt. Der Vorsitzende des 5. Strafsenats hat seinerzeit mitgeteilt, dass der Senat die vom Beschwerdeführer behaupteten Schwächen des gegen ihn ergangenen Urteils im Rahmen des Revisionsverfahrens zu prüfen haben werde. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB hat der Vorsitzende des 5. Strafsenats auf den Senatsbeschluss vom 15. April 2008 - 5 StR 431/07 - verwiesen; dieser habe jedoch eine Fallgestaltung betroffen, bei der die Anlasstaten des Verurteilten deutlich schwerer als in dem vorliegenden Sachverhalt gewogen hätten. 21

Weitere Senatsvorsitzende haben vertiefend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur nachträglichen Sicherungsverwahrung hingewiesen.

## B.

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt (§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Voraussetzungen des § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG für eine der Verfassungsbeschwerde stattgebende Entscheidung der Kammer sind gegeben. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zur Zulässigkeit der Sicherungsverwahrung und ihrer nachträglichen Anordnung sind bereits Gegenstand bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen gewesen (vgl. BVerfGE 109, 133; 109, 190; BVerfGK 9, 108). Danach ist die zulässige Verfassungsbeschwerde in einem die Entscheidungskompetenz der Kammer eröffnenden Sinne offensichtlich begründet. 22

Zwar ist § 275a StPO als gesetzliche Grundlage des angegriffenen Unterbringungsbefehls verfassungsrechtlich auch insofern nicht zu beanstanden, als die Vorschrift Fälle erfasst, in denen die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auf der Grundlage des § 66b Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB zu erwarten ist (I.). Die Anwendung der Vorschrift im vorliegenden Einzelfall durch das Landgericht Leipzig und das Oberlandesgericht Dresden ist mit dem Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG jedoch nicht zu vereinbaren (II.). 23

## I.

Die mit § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB einhergehende Erweiterung der Möglichkeiten zur nachträglichen Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung verstößt nicht gegen Verfassungsrecht. 24

1. Ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG oder das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG liegt nicht vor. Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Die Sicherungsverwahrung stellt demgegenüber eine präventive Maßnahme dar, deren Zweck es nicht ist, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern die Allgemeinheit vor dem Täter zu schützen (vgl. BVerfGE 109, 133 <167 ff.>; 190 <219>). Nichts anderes gilt hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 2008 - 5 StR 431/07 -, Rn. 17 <Juris>; Degenhardt, in: Sachs, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 103 Rn. 85; Veh, NStZ 2005, S. 307 <308>; vgl. ferner BVerfGE 55, 28 <30> sowie BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2006 - 2 BvR 1392/02 -, Rn. 58 f. <Juris>). 25

2. Die Vorschrift des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB verstößt auch nicht gegen das rechtsstaatliche und grundrechtliche Gebot des Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 GG). 26

a) Das Bundesverfassungsgericht hat sowohl den Wegfall der Höchstdauer einer erstmalig angeordneten Sicherungsverwahrung durch Art. 1a Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998 (vgl. BVerfGE 109, 133 <180 ff.>) als auch die gesetzliche Einführung der Möglichkeit, gemäß § 66b Abs. 2 StGB unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn erst nach einer Verurteilung Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen (vgl. BVerfGK 9, 108 <111 ff.>), als verfassungsrechtlich zulässige Fälle tatbestandlicher Rückanknüpfung bewertet. Nichts anderes gilt, soweit nunmehr § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB in Verbindung mit § 66b Abs. 1 Satz 1 StGB auf das Erfordernis neuer Tatsachen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung in Fällen verzichtet, in denen die Anordnung der Sicherungsverwahrung ursprünglich aus rechtlichen Gründen nicht möglich war. 27

b) Auch insofern liegt ein Fall tatbestandlicher Rückanknüpfung oder unechter Rückwirkung (vgl. BVerfGE 72, 200 <242>; 105, 17 <37 f.>) vor; eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen (vgl. BVerfGE 72, 200 <241 f.>; 97, 67 <78>) oder „echte“ Rückwirkung im Sinne eines nachträglich ändernden Eingriffs in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände (vgl. BVerfGE 68, 287 <306>; 72, 175 <196>) ist nicht gegeben. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen: 28

aa) Die im Gesetzgebungsverfahren umstrittene Frage, ob die Neuregelung zur Durchbrechung der Rechtskraft von Strafurteilen führt (bejahend etwa Renzikowski, Stellungnahme gegenüber dem Rechtsausschuss im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 19. März 2007, S. 7, im Internet auffindbar über [www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html); dagegen etwa die Begründung zum Gesetzentwurf des Bundesrats, BTDrucks 16/1992, S. 6 f.), ist zu verneinen. 29

Die Rechtskraft eines Strafurteils umfasst den gesamten Prozessgegenstand des abgeschlossenen Verfahrens, also die prozessuale Tat, wie sie dem zuletzt entscheidenden Gericht aufgrund seiner Kognitionsbefugnis abzuurteilen rechtlich möglich war (vgl. Rieß, in: Löwe/Rosenberg, StPO Bd. I, 25. Aufl., 1999, Einl. J Rn. 97; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 50 Rn. 11; BGHSt 6, 92 <95>). Da die rechtliche Möglichkeit zur umfassenden Kognition den Umfang der materiellen Rechtskraft bestimmt, steht sie einer erneuten Verfolgung dann nicht entgegen, wenn das erste Gericht nicht aus tatsächlichen, sondern aus rechtlichen Gründen an der Aburteilung gehindert war (Rieß a.a.O., Rn. 98; BGHSt 15, 259 f.). 30

In den Fällen des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB reichen sowohl der Prozessgegenstand als auch die rechtlichen Möglichkeiten des Gerichts im Verfahren über die nachträgliche Sicherungsverwahrung über diejenigen im Verfahren der Anlassverurteilung hinaus: 31

In tatsächlicher Hinsicht findet nicht lediglich eine erneute Prüfung des bereits dem Tatgericht bekannten oder erkennbaren Sachverhalts statt. Vielmehr ist auch das 32



Verhalten des Verurteilten nach Eintritt der Rechtskraft des Strafurteils von Bedeutung. Die durch das nachträglich entscheidende Gericht vorzunehmende Prognoseentscheidung basiert auf einem Sachverhalt, der weder zum Zeitpunkt der Tat noch zu dem des Urteils oder des In-Kraft-Tretens der Neuregelung abgeschlossen war (vgl. BVerfGE 109, 133 <183>; Peglau, NJW 2008, S. 1634 f.). In diesem Punkt unterscheidet sich die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (auch) nach § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB von einem Wiederaufnahmeverfahren zum Nachteil des Verurteilten (a. A. wohl Eisenberg, StV 2005, S. 345).

In rechtlicher Hinsicht setzt § 66b Abs. 1 Satz 2 voraus, dass dem zunächst entscheidenden Gericht die Anordnung der Sicherungsverwahrung von vornherein nicht eingeräumt war und dass sich die Entscheidung auf die Frage der Sicherungsverwahrung somit überhaupt nicht beziehen konnte. Jegliche Aussage zur Frage der Sicherungsverwahrung in einer unter die Vorschrift fallenden Anlassverurteilung wäre mithin entbehrlich (vgl. § 267 Abs. 6 StPO) und für die Entscheidung ohne Bedeutung gewesen. Die Aussage, die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung sei ebenso Bestandteil des rechtskräftigen Urteils wie das Ausbleiben einer solchen Anordnung (vgl. Waterkamp, StV 2004, S. 267 <268>), trifft unter diesen Umständen nicht zu.

Insgesamt dient also die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung auch in den Fällen des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB entsprechend dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks 16/1992, S. 6 f.; BT-Drucks 16/4740, S. 50) nicht dazu, frühere Entscheidungen über die (Nicht-) Anordnung der Sicherungsverwahrung nachträglich zu Lasten des Verurteilten zu korrigieren. Wenn das Gericht es im Zusammenhang mit der Anlassverurteilung rechtsfehlerhaft unterlassen hat, die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung anzuordnen oder auch bereits das Vorliegen der Voraussetzungen hierfür zu prüfen, kann dies entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 66b Abs. 1 Satz 1 und § 66b Abs. 2 StGB (vgl. BGHSt 50, 284 <297>; BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2007 - 3 StR 378/07 -, Rn. 13 <Juris>; Beschluss vom 25. Juli 2006 - 1 StR 274/06 -, NJW 2006, S. 3154 f.; Beschluss vom 29. August 2006 - 1 StR 306/06 -, Rn. 19 <Juris>; Beschluss vom 28. August 2007 - 5 StR 267/07 -, Rn. 13 <Juris>) nicht unter Durchbrechung der - in diesen Fällen die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung umfassenden - Rechtskraft des Urteils nachgeholt werden.

bb) Jenseits der Frage der Rechtskraftdurchbrechung ließe sich argumentieren, dass eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen im verfassungsrechtlichen Sinne auch dann vorläge, wenn die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auch nach Beendigung der Strafvollstreckung unbegrenzt zulässig wäre (vgl. zu diesem Anknüpfungspunkt Baier, JURA 2004, S. 552 <553>; Ullenbruch, NStZ 2007, S. 62 <69>). Letzteres ist jedoch nicht der Fall. Tatsachen, die erst nach Beendigung des Vollzugs der gegen den Verurteilten verhängten Freiheitsstrafe bekannt werden, können auch nach § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB bei der Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht berücksichtigt werden. Zudem

kommt die Verhängung nachträglicher Sicherungsverwahrung nach § 275a StPO in der Auslegung des Bundesgerichtshofs nur dann in Betracht, wenn der Antrag der Staatsanwaltschaft vor der Haftentlassung gestellt und dem Verurteilten vor dem Ende des Strafvollzugs mitgeteilt wurde, dass die Staatsanwaltschaft prüft, ob die nachträgliche Anordnung der Maßregel in Betracht kommt (BGHSt 50, 180 <182, 184 f.>). Jedenfalls unter diesen Umständen knüpft die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht an einen auch im rechtlichen Sinne endgültig abgeschlossenen Lebenssachverhalt an.

c) Mit der Neuregelung des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB verfolgte der Gesetzgeber das im überragenden Gemeinwohlinteresse liegende Ziel der Vervollständigung eines effektiven Schutzes der Allgemeinheit vor einzelnen hochgefährlichen Straftätern, von denen weitere erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch die die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (vgl. BVerfGE 109, 190 <236>). Die vom Gesetzgeber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative getroffene Wertung, die Vertrauensschutzbelange der von der Neuregelung betroffenen Verurteilten müssten hinter dieses Gemeinwohlinteresse zurücktreten, ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden; insoweit gilt im Ergebnis nichts anderes als für die unter a) genannten Vorschriften, die bereits Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung waren.

36

Zwar ist zu berücksichtigen, dass ein Vertrauenstatbestand im Hinblick auf den Ausschluss der Sicherungsverwahrung insbesondere für vor dem 1. August 1995 im Beitrittsgebiet begangene Taten durch den Gesetzgeber nicht nur - mit dem Einigungsvertrag - einmal geschaffen, sondern immer wieder bestätigt worden ist, bis er mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung vom 23. Juli 2004 (BGBl I S. 1838) am 29. Juli 2004 - aber auch hier nur mit Wirkung für noch nicht abgeurteilte Taten - beseitigt wurde (vgl. dazu die Ausführungen von Ullenbruch im Wortprotokoll der öffentlichen Anhörung durch den Rechtsausschuss am 19. März 2007, im Internet auffindbar über [www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html), S. 15). Auch wenn die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung - wie dargelegt - die Rechtskraft der Anlassverurteilung nicht im eigentlichen Sinne durchbricht, wird der Bestand rechtskräftiger Urteile doch „tangiert“ (so BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2007 - 3 StR 378/07 -, Rn. 13 <Juris> zur Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB. Somit lässt sich durchaus von schutzwürdigem Vertrauen der höchsten Stufe sprechen (so Peglau NJW 2008, S. 1634 <1635>). Bei der gebotenen Begrenzung auf Extremfälle, das heißt, Verurteilte von höchstem Gefährdungspotenzial, begegnet es dennoch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn der Gesetzgeber von einem Überwiegen der Gemeinwohlbelange ausgeht (so auch BGH, Beschluss vom 15. April 2008 - 5 StR 431/07 -, Rn. 18 <Juris>; Peglau NJW 2008, S. 1634 <1635>). Dass Tatsachen, die aus rechtlichen Gründen nicht berücksichtigt werden konnten, nunmehr gleich gestellt werden mit solchen, die zum Zeitpunkt der Anlassverurteilung nicht erkennbar waren, ist in der Senatsrechtsprechung des Bundesver-

37

fassungsgerichts bereits angelegt (vgl. BGH a.a.O. unter Verweis auf BVerfGE 109, 190 <236>).

3. Die Neuregelung greift zwar in das Freiheitsgrundrecht ein, genügt aber insbesondere den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und verletzt Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG daher nicht.

38

Als Mittel zum Schutz von Leben, Unversehrtheit und Freiheit der Bürger kann der Gesetzgeber unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen demjenigen die Freiheit entziehen, von dem ein Angriff auf diese Schutzgüter zu erwarten ist (vgl. BVerfGE 109, 190 <236>). Begrenzt wird der Handlungsspielraum des Gesetzgebers namentlich durch das Verbot der Einzelfallgesetzgebung (Art. 19 Abs. 1 GG) und durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dass es sich bei der hier zu beurteilenden Neuregelung um ein unzulässiges Einzelfallgesetz handeln könnte, ist nicht ersichtlich und erschließt sich auch nach dem Vortrag des Beschwerdeführers nicht. Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann die enge Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 66b Abs. 1 Satz 1, 2 StGB gewährleisten, dass die Maßnahme der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung auch weiterhin nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommt und auf einige wenige Verurteilte beschränkt bleibt und somit als verhältnismäßige Regelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist (vgl. BVerfGK 9, 108 <112>; siehe auch BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2007 - 3 StR 378/07 -, Rn. 13 <Juris>).

39

a) Auch in den Fällen des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB kann die Sicherungsverwahrung nur angeordnet werden, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 66b Abs. 1 StGB - mit Ausnahme der „neuen Tatsachen“ - erfüllt sind. Es ist also die Feststellung eines Hanges der Verurteilten zu erheblichen Straftaten gemäß § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB Voraussetzung (vgl. dazu BVerfGK 9, 108 <114> m.w.N.).

40

b) Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB setzt voraus, dass der Verurteilte nach Überzeugung des Gerichts künftig mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Das trägt den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung, wonach die nachträgliche Sicherungsverwahrung nur als letztes Mittel in den seltenen Fällen gerechtfertigt ist, in denen die Gerichte auf der Grundlage der gebotenen Gesamtwürdigung mit hinreichender Gewissheit zu dem Ergebnis kommen, dass von dem Betroffenen eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer ausgeht. Keinesfalls genügt es insofern, wenn lediglich nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Untergebrachte in Freiheit weitere rechtswidrige Taten begeht. Auch eine bloß abstrakte, auf statistische Wahrscheinlichkeiten gestützte Prognoseentscheidung reicht nicht aus. Vielmehr bedarf es unter Ausschöpfung der Prognosemöglichkeiten einer positiven Entscheidung über die Gefährlichkeit des Betroffenen, um die Freiheitsentziehung zu rechtfertigen (BVerfGE 109, 190 <242>). Durch den Aspekt ihrer Gegenwärtigkeit

41

hebt sich die zu prognostizierende Gefährlichkeit von einer allgemeinen Rückfallwahrscheinlichkeit ab (BVerfGK 9, 108 <114>). Erwägungen zur statistischen Rückfallwahrscheinlichkeit dürfen danach zwar ergänzend herangezogen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 2008 - 5 StR 431/07 -, Rn. 12 <Juris>), genügen demnach aber für sich genommen nicht, zumal dann nicht, wenn sie nicht den Gesichtspunkt der Rückfallgeschwindigkeit in den Blick nehmen (vgl. BVerfGK 9, 108 <118>). Es reicht verfassungsrechtlich auch nicht aus, eine hohe Wahrscheinlichkeit im Sinne des § 66b StGB bereits dann anzunehmen, wenn (nur) überwiegende Umstände auf eine künftige Delinquenz des Betroffenen hindeuten (BVerfGK 9, 108 <118>); erst recht würde es dem hohen Wert des Freiheitsgrundrechts widersprechen, wenn die Gerichte die nachträgliche Sicherheitsverwahrung bereits dann anordnen könnten, wenn lediglich die Ungefährlichkeit des Betroffenen nicht positiv feststeht (vgl. BVerfGE 109, 133 <161>).

c) Schließlich haben die Strafgerichte bei der Anwendung der Norm im Blick zu behalten, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es gebieten kann, über die gesetzlichen Beschränkungen des Anwendungsbereichs der Norm hinaus auf die mit erheblichen Eingriffen in die Freiheitsrechte des Betroffenen verbundene nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung zu verzichten, wenn mildere Mittel zur Erreichung des mit diesem Instrument verfolgten Zwecks zur Verfügung stehen oder eine Gesamtabwägung im Einzelfall ein Überwiegen der Freiheitsrechte des Betroffenen gegenüber den schutzwürdigen Allgemeininteressen ergibt. Als mildere Mittel kommen namentlich die im Beschluss vom 23. August 2006 genannten rechtlichen Instrumente in Betracht (vgl. BVerfGK 9, 108 <115>); den Gesichtspunkt der präventiven Maßnahmen auf polizeirechtlicher Grundlage hat der Freistaat Sachsen mit dem Sexualtäterüberwachungssystem ISIS auch aufgegriffen.

42

4. Dass die Vorschrift des § 66b Abs. 1 Satz 2 StGB, nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen ausgelegt, zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung der von ihr Betroffenen führen würde, ist nicht ersichtlich.

43

## II.

Die Auslegung und Anwendung des § 275a Abs. 5 StPO in Verbindung mit § 66 Abs. 1 StGB in den angegriffenen Entscheidungen genügen diesen Anforderungen nicht. Die Auffassung des Landgerichts Leipzig, es bestünden dringende Gründe für die Annahme, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung des Beschwerdeführers angeordnet werde, verkennt die hier zu beachtenden Anforderungen des Freiheitsgrundrechts in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Unterbringungsbefehl des Landgerichts verletzt daher das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Der Beschluss des Oberlandesgerichts vom 10. April 2008 setzt diese Grundrechtsverletzung fort.

44

1. Auf der Grundlage der Feststellungen des Landgerichts im Unterbringungsbefehl und im - ergänzend heranzuziehenden - Urteil vom 21. Februar 2008 lässt sich zunächst die Gegenwärtigkeit der vom Beschwerdeführer ausgehenden Gefahr, wie sie

45

von Verfassungen wegen zu fordern ist, nicht bejahen.

Das Merkmal der Gegenwärtigkeit besagt zwar nicht, dass die Begehung neuer erheblicher Straftaten durch den Verurteilten unmittelbar bevorstehen müsste, um die Sicherungsverwahrung zu rechtfertigen. Von daher hat das Oberlandesgericht zu Recht ausgeführt, dass die bisherigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht auf eine nach starren zeitlichen Kriterien zu bemessende Rückfallfrequenz im Sinne einer umgehend zu erwartenden neuen Tat abstellen (Beschluss vom 10. April 2008, S. 2). Dennoch spielt die prognostizierte Rückfallgeschwindigkeit bei der Feststellung einer gegenwärtigen Gefahr und ihrer Abgrenzung von einer lediglich zukünftigen Gefährlichkeit eine bedeutende Rolle (vgl. oben I.3.b)). Ein nur „mittel- oder langfristig“ bestehendes Risiko, wie vom Landgericht festgestellt, genügt hier nicht. Das Landgericht hat seine zeitliche Einschätzung auch nicht hinreichend näher konkretisiert; Anhaltspunkte lassen sich allenfalls daraus entnehmen, dass das Urteil als einen unter mehreren rückfallbegrenzenden Faktoren die im Juni 2007 für die Dauer von fünf Jahren angeordnete Führungsaufsicht nennt (Urteil S. 9, 18). Schließlich lassen die im Urteil enthaltenen Feststellungen zur gegenwärtigen rückfallprophylaktischen Wirkung der Herzerkrankung des Beschwerdeführers und des positiv nachwirkenden Eindrucks der Freiheitsentziehung die Gegenwärtigkeit der vom Beschwerdeführer ausgehenden Gefahr fraglich erscheinen, wie auch der Bundesgerichtshof hervorgehoben hat.

46

2. Ferner fehlt es an einer tragfähigen Grundlage für den vom Landgericht gezogenen Schluss, dass der Beschwerdeführer mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Das Landgericht wiederholt hier lediglich den Gesetzeswortlaut, ohne seine Auffassung ausreichend zu belegen. Insbesondere die im Unterbringungsbefehl und im Urteil wiedergegebenen Äußerungen der Sachverständigen tragen den Schluss des Landgerichts nicht (so auch - im Hinblick auf das Urteil vom 21. Februar 2008 - die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs).

47

Das Landgericht schließt sich der Prognose der Sachverständigen an, nach denen der Beschwerdeführer wieder „sexuelle Übergriffe“ begehen werde. Diese Prognose ist für sich genommen (zur zeitlichen Eingrenzung siehe oben) auch nachvollziehbar unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Sachverständigen in der Hauptverhandlung begründet (Unterbringungsbefehl S. 3; Urteil S. 22 ff.) und lässt sich ohne weiteres im Sinne der vom Gesetz geforderten hohen Wahrscheinlichkeit verstehen. „Sexuelle Übergriffe“ sind aber nicht notwendig erhebliche Straftaten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Vielmehr versteht darunter auch das Landgericht eine große Bandbreite von Handlungen, die - so die Charakterisierung der bisherigen Delinquenz des Beschwerdeführers - „von Exhibieren und kurzem Anfassen von Frauen am bedeckten Geschlechtsteil oder sonst am Körper, derweil er mit dem Fahrrad an ihnen vorbeifährt, bis hin zur Vergewaltigung weiblicher Kinder unter Bedrohung mit einer Waffe“ (Urteil S. 4) reichen beziehungsweise von eher lästigen als gefährlichen Berührungen oder Exhibitionismus bis zu er-

48

heblichen gewaltsamen Übergriffen mit Penetration des Opfers (Urteil S. 23 f.). Es liegt auf der Hand, dass es in einer solchen Konstellation erforderlich ist, spezifisch zur Wahrscheinlichkeit gerade der gesetzlich einzig bedeutsamen schweren Delikte Stellung zu nehmen. Insofern lässt sich dem Urteil und dem Unterbringungsbefehl jedoch nur entnehmen, dass diese „nicht auszuschließen“ seien. Dass ein derart geringer Wahrscheinlichkeitsgrad nicht genügt, hat das Bundesverfassungsgericht bereits ausdrücklich ausgesprochen und unterliegt angesichts des verfassungsrechtlich notwendigen Ausnahmecharakters der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch keinen Zweifeln. „Dringende Gründe“ dafür, dass gegen den Beschwerdeführer die Sicherungsverwahrung verhängt werden wird, sind danach derzeit nicht erkennbar.

### III.

Die Entscheidung zum Auslagenersatz beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG. Damit erledigt sich zugleich der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde (vgl. Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl., 2005, § 34a Rn. 70) und auf Beiordnung des von ihm beauftragten Rechtsanwalts.

49

Broß

Di Fabio

Landau

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom  
22. Oktober 2008 - 2 BvR 749/08**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Oktober 2008 - 2 BvR 749/08 - Rn. (1 - 49), [http://www.bverfg.de/e/rk20081022\\_2bvr074908.html](http://www.bverfg.de/e/rk20081022_2bvr074908.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2008:rk20081022.2bvr074908